

FLÁVIO AMARAL GARCIA

***LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
Casos e Polêmicas***

5ª edição

 **MALHEIROS
EDITORES**

**LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
Casos e Polêmicas**

© FLÁVIO AMARAL GARCIA

Pela Lumen Juris: 1ª ed., 2007; 2ª ed., 2009; 3ª ed., 2010.

Pela Malheiros Editores: 4ª ed., 2016.

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

02.2018

1116315

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G216l Garcia, Flávio Amaral.

Licitações e contratos administrativos : casos e polêmicas /
Flávio Amaral Garcia. – 5. ed. – São Paulo : Malheiros, 2018.
640 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-392-0390-1

1. Licitação pública - Brasil. 2. Contratos administrativos. 3.
Consórcios. 4. Convênios. 5. Terceirização. 6. Contratação. I. Título.

CDU 351.712.2(81)

CDD 342.8106

Índice para catálogo sistemático:

1. Licitação pública : Brasil 351.712.2(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

Sumário

<i>Prefácio à 1ª Edição</i> – MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO	23
<i>Prefácio à 4ª Edição</i> – DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO	25
<i>Apresentação</i> – JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR	27
<i>Nota do Autor à 5ª Edição</i>	41
<i>Agradecimentos</i>	43

PARTE I – LICITAÇÕES PÚBLICAS

1. ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES

<i>1.1 O conceito de licitação</i>	49
<i>1.2 Uma necessária contextualização do tema das contratações públicas no cenário atual</i>	49
<i>1.3 A competência para legislar</i>	52
<i>1.3.1 Normas gerais</i>	53
<i>1.4 Os serviços sociais autônomos e as licitações</i>	53
<i>1.4.1 As entidades do Sistema “S” como licitantes</i>	57
<i>1.5 As entidades privadas que recebem recursos públicos e a incidência ou não do princípio da licitação</i>	59
<i>1.6 As licitações privadas</i>	60

2. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

2.1 Princípios constitucionais

<i>2.1.1 Princípios da legalidade e da juridicidade</i>	62
<i>2.1.2 Princípio da impessoalidade</i>	63
<i>2.1.3 Princípio da moralidade</i>	63
<i>2.1.4 Princípio da publicidade e princípio da transparência</i>	64
<i>2.1.5 Princípio da eficiência</i>	65
<i>2.1.6 Princípio da economicidade</i>	66

2.1.7	<i>Princípio da ampla defesa e do contraditório</i>	67
2.1.8	<i>Princípio da motivação</i>	68
2.1.9	<i>Princípio da proporcionalidade</i>	69
2.1.10	<i>Princípio da segurança jurídica</i>	71
2.1.11	<i>Princípio da boa-fé</i>	72
2.1.12	<i>Princípio do interesse público primário e secundário</i>	73
2.1.13	<i>Princípio da consensualidade</i>	74
2.1.14	<i>O princípio da livre concorrência</i>	76
2.1.15	<i>Princípio da autotutela</i>	78
2.2	<i>Princípios setoriais</i>	
2.2.1	<i>Princípio da competitividade</i>	78
2.2.2	<i>Princípio da isonomia</i>	79
2.2.3	<i>Princípio da vinculação ao instrumento convocatório</i>	80
2.2.4	<i>Princípio do procedimento formal e a vedação ao formalismo excessivo</i>	81
2.2.5	<i>Princípio do julgamento objetivo</i>	83
2.2.6	<i>Princípio da verdade material</i>	84
3.	<i>A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO</i>	85
3.1	<i>As licitações e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável</i>	89
3.1.1	<i>Fundamento constitucional das licitações sustentáveis</i>	91
3.1.2	<i>Fundamentos infraconstitucionais das licitações sustentáveis</i>	91
3.1.3	<i>A sustentabilidade e a sua compatibilidade com os princípios da competitividade, isonomia e eficiência</i>	93
3.1.4	<i>Os espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas lici- tações</i>	96
3.1.5	<i>A sustentabilidade e a necessária coordenação dos entes federa- tivos</i>	100
3.2	<i>A Lei Complementar 123/2006 e o seu impacto nas licitações</i>	
3.2.1	<i>Fundamento constitucional</i>	101
3.2.2	<i>As vantagens conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte</i>	102
3.2.3	<i>O tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte previsto nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006</i>	102
3.2.4	<i>A necessária inclusão no edital das prerrogativas para as micro- empresas e empresas de pequeno porte nas licitações de grande vulto</i>	105
3.2.5	<i>A mudança de faixa da microempresa ou empresa de pequeno porte durante a execução do contrato administrativo</i>	106

3.2.6 <i>A adesão ao Simples Nacional</i>	107
3.3 Margem de preferência	107
3.3.1 <i>Os produtos manufaturados</i>	108
3.3.2 <i>Serviços nacionais</i>	109
3.3.3 <i>Decretos específicos que materializam as margens de preferência</i>	109
3.3.4 <i>Medidas de compensação</i>	110

4. OBJETOS DA LICITAÇÃO

4.1 Obras e serviços de engenharia	113
4.1.1 <i>Projeto básico e projeto executivo</i>	114
4.1.2 <i>O gerenciamento das obras públicas</i>	116
4.1.3 <i>Regimes de execução</i>	117
4.1.3.1 <i>Empreitada por preço global</i>	118
4.1.3.2 <i>Empreitada por preço unitário</i>	119
4.1.3.3 <i>Empreitada integral</i>	122
4.1.3.4 <i>Tarefa</i>	122
4.1.4 <i>Orçamento detalhado em planilhas</i>	123
4.1.5 <i>A necessária razoabilidade dos órgãos de controle na aferição da composição dos custos das obras</i>	124
4.1.6 <i>Critério de aceitabilidade de preços unitários e o jogo de planilhas</i>	125
4.1.7 <i>Benefícios e Despesas Indiretas/BDI</i>	127
4.1.8 <i>O descabimento da fixação do BDI pela Administração Pública</i>	127
4.1.9 <i>A fixação de teto no edital para o BDI</i>	128
4.1.10 <i>A possibilidade de fixação diferenciada de BDI</i>	128
4.1.11 <i>A exclusão do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica/IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido/CSSL</i>	129
4.2 Serviços	129
4.3 Compras	129
4.3.1 <i>A escolha da marca</i>	130
4.3.2 <i>Marca e similar</i>	131
4.3.3 <i>Padronização</i>	131
4.3.4 <i>A utilização do cartão de crédito corporativo como forma de pagamento nas compras públicas</i>	133
4.4 Alienações	137
4.5 Parcelamento e fracionamento do objeto	138
4.6 As vedações do art. 9º da Lei 8.666/1993	138

5. AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO E O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS/SRP

5.1 Conceito e funcionalidade	141
--	-----

<i>5.1.1 A rigidez das modalidades e a tendência da flexibilidade para licitações complexas: o diálogo competitivo ou concorrencial ...</i>	143
5.2 Concorrência	
5.2.1 Conceito	144
5.2.2 Cabimento	144
5.2.3 Características	144
5.2.4 A participação de apenas um licitante nas concorrências	145
5.3 Tomada de preços	
5.3.1 Conceito	146
5.3.2 Cabimento	146
5.3.3 Características	147
5.4 Convite	
5.4.1 Conceito	147
5.4.2 Cabimento	148
5.4.3 Características	148
5.4.4 Uma crítica necessária	149
5.5 Concurso	
5.5.1 Conceito	150
5.5.2 Cabimento	151
5.5.3 Características	151
5.6 Leilão	
5.6.1 Conceito e cabimento	151
5.6.2 Características	152
5.7 Pregão	
5.7.1 Conceito e aspectos gerais	153
5.7.2 Bens e serviços comuns	154
5.7.3 Riscos na equivocada escolha da modalidade pregão	155
5.7.4 Hipóteses de não cabimento do pregão	156
5.7.5 O pregão e o seu cabimento para serviços de engenharia e para as concessões de uso de bens públicos	156
5.7.6 O critério de julgamento: menor preço	156
5.7.7 O pregão negativo	157
5.7.8 As quatro características relevantes do pregão	157
5.8 Pregão presencial	158
5.8.1 Procedimento	158
5.8.2 Credenciamento	158
5.8.3 Declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação	159
5.8.4 Julgamento e fase de lances	160
5.8.5 Negociação	160
5.8.6 Planilha de custos	161
5.8.7 A etapa recursal	161

5.9 Pregão eletrônico	162
5.9.1 A tecnologia a serviço da licitação, e não o contrário	162
5.9.2 Procedimento do pregão eletrônico	163
5.10 A licitação por meio das Bolsas de Mercadorias	166
5.11 Uma proposta inovadora: o placar eletrônico	169
5.12 O Sistema de Registro de Preços/SRP	
5.12.1 Conceito	170
5.12.2 Cabimento	172
5.12.3 Os atores públicos no SRP	172
5.12.4 A ata de registro de preços	174
5.12.5 A utilização da ata de registro de preços por órgão ou entidade não participante ("caronas")	175
5.12.6 A licitação para registro de preços	177
5.12.7 A revisão e o cancelamento dos preços registrados	178
5.12.8 O desfazimento do contrato administrativo celebrado em bases firmes para aderir ao SRP	179
5.12.9 O exame jurídico nos registros de preços	181
6. A PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS NAS LICITAÇÕES	
6.1 Conceito e objetivo	182
6.2 Os consórcios e a discricionariedade administrativa	183
6.3 Número de participantes no consórcio	184
6.4 Requisitos legais para a formação de consórcios	184
6.5 Alteração na composição dos consórcios	186
7. PROCEDIMENTOS NA LICITAÇÃO	188
7.1 Fase interna	
7.1.1 Conceito	189
7.1.2 A importância da fase interna e o indispensável planejamento	189
7.1.3 Requisição do objeto	190
7.1.4 A divisão do objeto por itens	191
7.1.5 As dificuldades na requisição do objeto e a necessária profissionalização de uma carreira voltada para a contratação pública	191
7.1.6 Aprimoramentos na requisição dos objetos	192
7.1.7 Estimativa do valor	194
7.1.8 A obrigatoriedade ou não de divulgação da estimativa	196
7.1.9 Aprovação prévia da despesa	196
7.1.9.1 Uma advertência: nem toda despesa pública decorre de contratos administrativos	197
7.1.10 Ausência de Lei Orçamentária aprovada	197

7.1.11	<i>Autorização do ordenador de despesas</i>	199
7.1.12	<i>O descabimento de uma responsabilidade absoluta e irrestrita da autoridade superior</i>	199
7.1.13	<i>A responsabilidade dos agentes públicos nas contratações públicas</i>	201
7.1.14	<i>A Comissão de Licitação. Funções e apoio</i>	202
7.1.15	<i>Comissões de Licitação nas entidades da Administração Pública indireta</i>	203
7.1.16	<i>Elaboração das minutas de edital e contrato</i>	203
7.1.17	<i>A assinatura do edital</i>	204
7.1.18	<i>Análise jurídica do edital e do contrato</i>	205
7.1.19	<i>Os parâmetros de responsabilização dos advogados públicos</i>	206
7.1.20	<i>Os requisitos do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal/LRF</i>	209
7.1.21	<i>O descumprimento do art. 16 da LRF e as suas consequências</i>	213
7.1.22	<i>Limitações impostas pelo art. 42 da LRF e pelo art. 73 da Lei Eleitoral</i>	214
7.2	<i>Fase externa</i>	
7.2.1	<i>Conceito</i>	217
7.2.2	<i>A realização de audiência pública</i>	217
7.2.3	<i>Publicação do aviso e o prazo mínimo para a realização da licitação</i>	218
7.2.4	<i>A publicidade é do edital, e não de todos os atos da fase interna</i>	220
7.2.5	<i>Impugnação e pedido de esclarecimento</i>	220
7.2.6	<i>A utilização do recurso como extemporâneo meio de impugnação ao edital</i>	222
7.2.7	<i>Início da sessão pública</i>	223
7.2.8	<i>A fase de habilitação</i>	
7.2.8.1	<i>Conceito</i>	223
7.2.8.2	<i>A fase de habilitação nos contratos de atribuição</i>	224
7.2.8.3	<i>A habilitação e os princípios da proporcionalidade, motivação e competitividade</i>	225
7.2.8.4	<i>Habilitação jurídica</i>	226
7.2.8.4.1	<i>O cotejo do objeto social do licitante com o objeto da licitação</i>	227
7.2.8.4.2	<i>O descabimento de exigência de procuração com poderes específicos</i>	227
7.2.8.4.3	<i>Matriz e filial</i>	228
7.2.8.5	<i>Regularidade fiscal</i>	228
7.2.8.5.1	<i>Certidões negativas e certidões positivas com efeito de negativas</i>	229
7.2.8.5.2	<i>Prova de inscrição no cadastro e as condições de contribuinte</i>	229

7.2.8.5.3	A necessidade de definição das certidões de regularidade com as Fazendas	230
7.2.8.5.4	Os tributos exigidos nas certidões de regularidade	230
7.2.8.5.5	As exigências de regularidade com a Seguridade Social e com o FGTS	231
7.2.8.5.6	O diferimento na comprovação da regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte	231
7.2.8.6	<i>Regularidade trabalhista</i>	233
7.2.8.7	<i>Qualificação técnica</i>	233
7.2.8.7.1	Capacidade genérica	234
7.2.8.7.2	Capacidade específica	235
7.2.8.7.2.1	A capacitação técnico-profissional	235
7.2.8.7.2.2	Capacidade operacional	237
7.2.8.7.3	As exigências de quantitativos mínimos	237
7.2.8.7.4	Número de atestados	238
7.2.8.7.5	Origem dos atestados	239
7.2.8.7.6	Somatório de atestados	239
7.2.8.7.7	O descabimento das exigências de certificação voluntária na fase de habilitação	239
7.2.8.7.8	Capacidade operativa	240
7.2.8.7.9	Vistoria	240
7.2.8.7.10	Requisitos previstos em lei especial	242
7.2.8.7.11	A vedação de localização prévia	243
7.2.8.7.12	A vedação de propriedade	243
7.2.8.7.13	A exigência de experiência anterior	244
7.2.8.7.14	A necessária motivação dos documentos exigidos na qualificação técnica	245
7.2.8.7.15	A transferência de tecnologia e o trespasse da <i>expertise</i> técnica	246
7.2.8.7.16	A vedação de exigências de amostra na fase de habilitação	247
7.2.8.8	<i>Qualificação econômico-financeira</i>	247
7.2.8.8.1	Balanço	248
7.2.8.8.2	A participação de sociedades empresárias recém-constituídas	249
7.2.8.8.3	Índices contábeis	250
7.2.8.8.4	Certidão negativa de falência e recuperação judicial	252
7.2.8.8.5	A possibilidade de participação de licitantes em recuperação judicial	252
7.2.8.8.6	Garantia de proposta	254
7.2.8.8.7	Capital mínimo ou patrimônio líquido	255
7.2.8.9	<i>Os cadastros</i>	255

7.2.8.10	<i>A exigência relativa ao menor</i>	257
7.2.8.11	<i>A excepcional dispensa dos documentos de habilitação</i>	257
7.2.8.12	<i>Uma crítica necessária à fase de habilitação prévia</i>	259
7.2.8.13	<i>A pré-qualificação: conceito, procedimento e características</i>	260
7.2.8.13.1	<i>Vantagens e desvantagens da pré-qualificação</i>	262
7.2.8.13.2	<i>A participação de terceiros não pré-qualificados</i>	263
7.2.8.14	<i>Julgamento da habilitação</i>	264
7.2.9	<i>Abertura das propostas</i>	264
7.2.10	<i>A declaração de elaboração independente da proposta</i>	264
7.2.11	<i>Cláusula de aceitação dos termos do edital</i>	265
7.2.12	<i>Os tipos de licitação e alguns parâmetros delimitadores do julgamento</i>	265
7.2.12.1	<i>Menor preço e maior desconto global</i>	266
7.2.12.1.1	<i>A fixação de preços máximos e preços de referência</i>	267
7.2.12.1.2	<i>A adequação do preço ao valor de mercado e os órgãos de controle</i>	268
7.2.12.1.3	<i>Superfaturamento</i>	269
7.2.12.1.4	<i>Preço inexecutável</i>	269
7.2.12.1.5	<i>Preços irrisórios e a livre concorrência</i>	272
7.2.12.1.6	<i>O empate ficto e o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte</i>	272
7.2.12.1.7	<i>A impossibilidade de oferta de contraproposta pela empresa de grande porte</i>	274
7.2.12.2	<i>Melhor técnica e técnica e preço</i>	275
7.2.12.2.1	<i>A discricionariedade na eleição dos fatores de julgamento</i>	276
7.2.12.2.2	<i>A distribuição de pesos nas propostas</i>	276
7.2.12.2.3	<i>O julgamento objetivo</i>	277
7.2.12.2.4	<i>A aplicação do tipo técnica e preço para a contratação de bens e serviços de Informática</i>	278
7.2.12.3	<i>Maior lance ou oferta</i>	278
7.2.13	<i>Julgamento das propostas</i>	279
7.2.14	<i>A destruição dos envelopes</i>	279
7.2.15	<i>Apresentação de recurso</i>	279
7.2.15.1	<i>Efeito suspensivo</i>	281
7.2.15.2	<i>Os recursos administrativos e o saneamento das omissões meramente formais</i>	281
7.2.15.3	<i>Uma tendência na fase recursal das licitações</i>	282
7.2.16	<i>Homologação</i>	282
7.2.17	<i>Adjudicação</i>	282
7.2.18	<i>Anulação e revogação da licitação</i>	283
7.2.19	<i>A invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento</i>	284

8. CONTRATAÇÃO DIRETA

8.1 A natureza instrumental da licitação e o dogma do princípio	286
8.2 As distintas hipóteses de contratação direta	289
8.3 A alienabilidade de bens públicos e a licitação dispensada	
8.3.1 Regime jurídico dos bens públicos	289
8.3.2 Características dos bens públicos	290
8.3.3 Instrumentos de utilização dos bens públicos por particulares ...	291
8.3.4 O regime privado na utilização dos bens das sociedades de economia mista e empresas públicas	292
8.3.5 O prazo nos contratos de delegação de uso e a sua não vinculação às regras orçamentárias	293
8.3.6 As distintas funcionalidades das concessões de uso	293
8.3.7 Autonomia dos entes públicos	295
8.3.8 Conceito de licitação dispensada	295
8.3.9 As hipóteses de licitação dispensada para bens imóveis	296
8.3.10 A alienabilidade dos bens públicos e seus requisitos	296
8.3.10.1 A autorização legislativa	297
8.3.10.2 Avaliação prévia	298
8.3.11 Dação em pagamento	298
8.3.12 Doação de bem imóvel	298
8.3.13 A licitação dispensada na doação com encargo e a interpretação extensiva para os contratos de delegação de uso	299
8.3.14 Permuta	300
8.3.15 Investidura	300
8.3.16 A utilização dos bens públicos como instrumento de fomento ...	300
8.3.17 O cabimento da inexigibilidade para os contratos de delegação de uso	302
8.3.18 As hipóteses de licitação dispensada para bens móveis	304
8.4 Dispensa de licitação	
8.4.1 Conceito	304
8.4.2 Dispensa em razão do valor	305
8.4.3 Dispensa em situação de emergência	
8.4.3.1 Conceito e finalidade	306
8.4.3.2 A indeterminação do conceito de emergência, os seus distintos graus e o cumprimento das formalidades legais	306
8.4.3.3 O prazo do contrato e a questão da sua prorrogação	308
8.4.3.4 A contratação emergencial decorrente da falta de planejamento	309
8.4.3.5 Os limites objetivos da contratação emergencial	309
8.4.3.6 A contratação emergencial decorrente de desastres naturais ..	310

8.4.4	<i>Licitação deserta</i>	314
8.4.5	<i>Licitação frustrada</i>	314
8.4.6	<i>Dispensa para contratar com entidades da Administração Pública</i>	314
8.4.7	<i>Dispensa em razão de segurança nacional</i>	315
8.4.8	<i>Dispensa para locação de imóvel</i>	316
8.4.8.1	<i>O built to suit</i>	316
8.4.9	<i>Dispensa para complementação de contrato</i>	318
8.4.10	<i>Instituição brasileira de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional</i>	319
8.4.11	<i>A contratação direta para fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural</i>	322
8.4.12	<i>Contratação das subsidiárias</i>	323
8.4.13	<i>Transferência de tecnologia</i>	324
8.5	<i>Inexigibilidade de licitação</i>	
8.5.1	<i>Conceito</i>	325
8.5.2	<i>Fornecedor exclusivo</i>	326
8.5.3	<i>Notória especialização</i>	327
8.5.4	<i>Contratação de profissional do setor artístico</i>	330
8.5.5	<i>Outras hipóteses não previstas em lei: o credenciamento e a contratação de professores e instrutores</i>	331
8.5.6	<i>A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais</i>	332
8.6	<i>Formalização da contratação direta</i>	
8.6.1	<i>Noção geral</i>	340
8.6.2	<i>Requisitos formais</i>	341
8.6.3	<i>A razão da escolha do fornecedor</i>	342
8.6.4	<i>Justificativa do preço</i>	342
8.6.5	<i>A verificação dos documentos de habilitação</i>	343
8.6.6	<i>O controle da legalidade nas contratações diretas</i>	343
8.6.7	<i>A ratificação da contratação direta</i>	344
8.6.8	<i>A procedimentalização da contratação direta</i>	345
8.6.9	<i>O chamamento público prévio nos casos de inexigibilidade</i>	346
8.6.10	<i>Os riscos e consequências jurídicas das contratações diretas que podem ser reputadas ilegais</i>	347
8.6.11	<i>A responsabilidade solidária pelo superfaturamento</i>	350

PARTE II – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

9. ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

9.1	<i>Conceito e classificação</i>	353
-----	---------------------------------------	-----

9.2 A contratualização da gestão pública	354
9.3 A consensualidade e a boa-fé na gestão e execução dos contratos administrativos	354
9.4 O descabimento de um regime jurídico único para os contratos administrativos	356
9.5 A conformação da discricionariedade no contrato	356
9.6 A mutabilidade dos contratos administrativos	357
9.6.1 A mutabilidade objetiva e subjetiva	358
9.7 O regime contratual das empresas estatais	360
9.8 A contratação com terceiros	360
9.9 A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais públicas	361
9.10 Características dos contratos administrativos	365
9.11 Principais contratos administrativos	366
9.12 Os contratos atípicos	367
 10. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	
10.1 Conceito e fundamento constitucional	369
10.2 Equilíbrio econômico-financeiro e partilha de riscos	372
10.3 A preservação do equilíbrio econômico-financeiro e os seus distintos instrumentos	373
10.3.1 Reajuste	374
10.3.1.1 A periodicidade anual do reajuste e a proteção da proposta	374
10.3.1.2 A possibilidade de reajuste dos preços nos contratos administrativos com prazo de duração inferior a um ano	376
10.3.1.3 O termo inicial do reajuste: a data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir	377
10.3.1.4 A prorrogação do prazo de validade da proposta	378
10.3.1.5 A necessária fixação do índice do reajuste no edital e no contrato	379
10.3.1.6 A aplicação do índice de reajuste	380
10.3.1.7 A modificação do índice de reajuste	381
10.3.2 Repactuação	382
10.3.2.1 O impacto dos dissídios coletivos nos contratos administrativos	382
10.3.3 Atualização monetária	384
10.3.4 Revisão	384
10.3.4.1 A teoria das áleas e a moderna partilha de riscos	385
10.3.4.2 Fato do príncipe e fato da administração	387
10.3.4.3 Variação cambial	387

10.4 Os diversos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	388
10.5 Cláusulas regulamentares e cláusulas econômicas	390
10.6 A mediação dos pleitos de equilíbrio econômico-financeiro pelas Advocacias Públicas	391
 11. CLÁUSULAS EXORBITANTES	
11.1 Conceito	393
11.2 Alteração unilateral	394
11.3 Alterações qualitativas	394
11.3.1 A alteração qualitativa e a incidência dos limites legais	395
11.3.2 A adequação dos preços dos serviços e itens novos	398
11.4 Alterações quantitativas	398
11.4.1 A vedação da metodologia de compensação entre acréscimos e supressões	399
11.4.2 A inaplicabilidade dos limites da alteração quantitativa às concessões	400
11.5 Rescisão unilateral, resolução e resilição	401
11.6 Incorporação, fusão e cisão e o seu impacto nos contratos administrativos	402
11.7 Fiscalização unilateral e a gestão dos contratos	404
11.8 Sanções nos contratos administrativos	406
11.8.1 A autonomia da Administração para previsão de sanções nos contratos administrativos	406
11.8.2 Vinculação ao instrumento contratual	407
11.8.3 O princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas	408
11.8.4 O processo administrativo sancionador e o direito à ampla e prévia defesa	410
11.8.5 A culpabilidade e o prejuízo na aplicação das sanções administrativas	411
11.8.6 A possibilidade de aplicação das sanções administrativas aos licitantes	412
11.8.6.1 Advertência	413
11.8.6.2 Multas	413
11.8.6.2.1 Parâmetros para aplicação das multas administrativas	414
11.8.6.3 Suspensão temporária de participação em licitação	414
11.8.6.4 Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública	415
11.8.6.4.1 Os tipos previstos no art. 88 da Lei 8.666/1993 e a aplicação da suspensão do direito de licitar e da declaração de inidoneidade	415

11.8.6.4.2 A abrangência das penalidades de efeitos extracontratuais ..	416
11.8.6.4.3 A origem dos recursos e o alcance das sanções de efeitos externos	419
11.8.6.4.4 Os efeitos da aplicação da declaração de inidoneidade nos contratos em vigor	420
11.8.6.4.5 A autoridade competente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade	421
11.8.7 <i>A possibilidade de aplicação das penalidades administrativas em razão de fatos ocorridos em outros contratos: os princípios da oficialidade e da verdade material no processo administrativo sancionador</i>	421
11.8.8 <i>A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a possibilidade de aplicação das sanções aos sócios, controladores e administradores</i>	423
11.8.9 <i>Efeitos da Lei Anticorrupção nas sanções da Lei 8.666/1993</i> ...	425
11.9 Exceção de contrato não cumprido	426
11.9.1 <i>A alternativa da redução das obrigações contratuais</i>	428
11.9.2 <i>Da inexistência de relação de causalidade entre a falta de pagamento e prestação ineficiente por parte do contratado</i>	429
11.9.3 <i>Do descabimento da invocação da exceção de contrato não cumprido para cobrança de débitos antigos</i>	429
11.9.4 <i>As cláusulas exorbitantes e a sua utilização indiscriminada em todos os contratos administrativos</i>	430
 12. A ESTRUTURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	
12.1 <i>Cláusulas necessárias</i>	432
12.2 <i>A formalização do contrato</i>	434
12.3 <i>A duração do contrato</i>	435
12.4 <i>As distintas consequências das funções do prazo nos contratos por escopo e nos contratos de duração contínua</i>	436
12.4.1 <i>Prazo de execução e prazo de vigência</i>	437
12.5 <i>Prorrogação do prazo: conceito e a necessária previsão no edital e no contrato</i>	437
12.5.1 <i>A ausência de direito adquirido do contratado à prorrogação do prazo</i>	438
12.5.2 <i>As prorrogações premiais</i>	439
12.5.3 <i>A formalização da prorrogação do prazo</i>	439
12.5.4 <i>A vedação à prorrogação tácita do prazo contratual</i>	441
12.5.5 <i>O descabimento da lei como instrumento de prorrogação do prazo</i>	441
12.5.6 <i>A vedação da celebração de contratos com prazo indeterminado</i>	442

<i>12.5.7 A vantajosidade para fins de prorrogação</i>	443
<i>12.5.8 Prorrogação e aplicação de multa</i>	443
<i>12.5.9 Inaplicabilidade do art. 57 da Lei 8.666/1993 aos contratos de atribuição</i>	444
<i>12.5.10 A prorrogação por iguais e sucessivos períodos</i>	445
<i>12.5.11 A prorrogação contratual dos serviços contínuos em caráter excepcional</i>	445
12.6 Cessão do contrato	446
<i>12.6.1 Cessão no polo ativo</i>	447
12.7 Subcontratação	449
<i>12.7.1 Subcontratação das microempresas e empresas de pequeno porte</i>	450
12.8 A declaração de nulidade dos contratos e os seus efeitos	451
12.9 Pagamento antecipado	453
12.10 A prescrição dos débitos oriundos dos contratos administrativos	453
12.11 Extinção dos contratos	457
<i>12.11.1 A relicitação</i>	459
12.12 Controle dos contratos	461
<i>12.12.1 A deferência dos órgãos de controle e o princípio da separação dos Poderes</i>	462
<i>12.12.2 O Tribunal de Contas da União/TCU e a sua função reguladora no sistema de contratação pública</i>	463
<i>12.12.3 A necessária atuação harmônica e coerente dos órgãos de controle</i>	464
<i>12.12.4 A vedação da interpretação retroativa pelos órgãos de controle</i>	465
12.13 Direito contratual em tempos de crise	465
12.14 Breves reflexões críticas sobre o direito contratual brasileiro	470

**PARTE III – CONVÊNIOS, TERCEIRIZAÇÕES
E REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS/RDC**

13. CONVÊNIOS

13.1 Convênios e a Constituição Federal	475
13.2 Conceito e sua distinção para os contratos administrativos	476
<i>13.2.1 A nomenclatura dos convênios após o advento da Lei 13.019/2014</i>	477
13.3 Os partícipes nos convênios	477

13.4 Remuneração nos convênios	478
13.5 Denúncia do convênio	478
13.6 Convênios e o regramento do art. 116 da Lei 8.666/1993	479
13.7 Convênios e prestação de contas	479
13.8 Desvio de objeto e desvio de finalidade	480
13.9 Convênios, princípio da licitação e os procedimentos seletivos ..	480
13.10 Convênios e transferência de recursos: a necessária previsão de critérios	482
13.11 Contratos de gestão e termos de parceria	483
13.12 Parcerias entre entidade pública e organizações da sociedade civil	485
13.12.1 Termos de colaboração e termos de fomento e licitação	486
13.12.2 Contratações realizadas pelas organizações da sociedade ci- vil	487
 14. TERCEIRIZAÇÃO	
14.1 Conceito e objetivos	489
14.2 A distinção entre terceirização e fornecimento de mão de obra ..	490
14.2.1 A Lei de Responsabilidade Fiscal/LRF e a contabilização da despesa no caso de fornecimento de mão de obra	492
14.3 Os limites da terceirização	493
14.4 O limite da atividade-meio e da atividade-fim	494
14.5 O princípio da livre iniciativa como limitador na modelagem das terceirizações	499
14.6 A terceirização e a remuneração por resultados: o Instrumento de Medição de Resultado/IMR	500
14.7 A terceirização e o concurso público	501
14.8 A responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações	503
14.8.1 Medidas e providências que podem ser adotadas para a fiscali- zação dos encargos trabalhistas pela Administração Pública ..	506
14.8.2 A exigência de regularidade trabalhista	506
14.8.3 A fiscalização contratual e a polêmica acerca da retenção dos pagamentos	507
14.8.4 A extensão da garantia	508
14.8.5 O descabimento do pagamento das verbas trabalhistas direta- mente nas contas dos empregados	508
14.9 Terceirização e cooperativas: viabilidade jurídica e cautelas	509
14.9.1 Uma crítica à solução federal: o Termo de Conciliação Judi- cial	516

15. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS/RDC

15.1 Contextualizando o RDC	520
15.2 Cabimento do RDC	522
15.3 A natureza da Lei 12.462/2011 e do RDC	523
15.4 A discricionariedade na utilização do RDC	524
15.5 Objetivos do RDC	525
15.6 Princípios do RDC	526
15.7 A incorporação de práticas administrativas consolidadas e o RDC	527
15.7.1 A indicação de marca ou modelo	527
15.7.2 A exigência de amostra	528
15.7.3 A certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação	529
15.7.4 A exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante	530
15.7.5 A padronização do objeto	531
15.7.6 A padronização dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos	532
15.7.7 A forma preferencialmente eletrônica do RDC	532
15.8 A função regulatória da contratação no RDC e a sustentabilidade	533
15.9 Os aspectos mais polêmicos do RDC	534
15.9.1 A remuneração variável	535
15.9.2 O orçamento sigiloso	538
15.9.3 A contratação integrada	542
15.10 Procedimento licitatório no RDC	551
15.10.1 A fase preparatória	551
15.10.2 Publicação do instrumento convocatório e prazos mínimos para a apresentação das propostas	551
15.10.2.1 Pedidos de esclarecimento e impugnações	553
15.10.3 Apresentação das propostas ou lances	553
15.10.4 Critérios de julgamento	555
15.10.4.1 Menor preço ou maior desconto	556
15.10.4.2 Técnica e preço	557
15.10.4.3 Melhor técnica ou conteúdo artístico	558
15.10.4.4 Maior oferta de preço	558
15.10.4.5 Maior retorno econômico e o contrato de eficiência	559
15.10.5 Critérios de desempate no RDC	560
15.10.6 Negociação	561
15.10.7 Desclassificação das propostas	562
15.10.8 A fase de habilitação	563
15.10.9 A fase recursal	564

15.11 Contratação direta no âmbito do RDC	567
15.12 Sanções administrativas	568
15.13 Os procedimentos auxiliares no RDC	569
15.13.1 Pré-qualificação permanente	569
15.13.2 Cadastramento	571
15.13.3 O Sistema de Registro de Preços/SRP	571
15.13.4 Catálogo Eletrônico de Padronização	573

**PARTE IV – TÓPICOS E PRINCIPAIS INOVAÇÕES
DA NOVA LEI DAS ESTATAIS
EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

16.1 Contextualizando o novo regime jurídico das empresas estatais: a Lei 13.303/2016	576
16.2 Premissas e racionalidade do Estatuto das Estatais	579
16.2.1 Os regulamentos internos de licitações e contratos	580
16.3 O campo de alcance do Estatuto das Estatais	581
16.3.1 A incidência das normas de licitações e contratos do Estatuto às estatais dependentes	583
16.3.2 A incidência das normas de licitações e contratos do Estatuto às Sociedades de Propósito Específico/SPEs	583
16.4 A inaplicabilidade da licitação nas hipóteses de atividade-fim da estatal	584
16.5 A inaplicabilidade da licitação nas hipóteses de parcerias vincu- ladas a oportunidades de negócio	586
16.6 As principais novidades do Regime Diferenciado de Contrata- ções Públicas/RDC que foram incorporadas pelo Estatuto das Estatais	588
16.6.1 A contratação integrada	589
16.6.2 O orçamento sigiloso	590
16.6.3 A remuneração variável	591
16.6.4 A negociação	592
16.6.5 A verificação da habilitação apenas do primeiro colocado	593
16.6.6 A fase recursal única	593
16.6.7 A não adoção da modalidade como premissa	593
16.6.8 Os modos de disputa aberto e fechado	594
16.6.9 Os prazos mínimos entre a divulgação do edital e a realização da licitação	595
16.6.10 Procedimentos auxiliares	595
16.6.11 A função regulatória da licitação	596

16.7 As principais inovações do Estatuto das Estatais	597
16.7.1 Contratação semi-integrada	597
16.7.2 Matriz de riscos	600
16.7.3 Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI	601
16.7.3.1 O PMI nas concessões e parcerias público-privadas	601
16.7.3.2 O PMI e as estatais	606
16.7.4 As exigências da fase de habilitação	607
16.7.5 O critério de julgamento da melhor destinação dos bens alienados	608
16.7.6 A explicitação dos conceitos de sobrepreço e superfaturamento	609
16.8 O regime contratual das estatais	
16.8.1 A natureza privada dos contratos	611
16.8.2 As cláusulas necessárias dos contratos das estatais	612
16.8.3 O regime de alteração dos contratos	613
16.8.4 Os prazos dos contratos das estatais	614
16.8.5 As sanções nos contratos das estatais	615
16.8.6 A subcontratação	616
16.9 As hipóteses de contratação direta e suas principais novidades .	617
16.10 A adoção das melhores práticas na aquisição de bens	619
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	621